



Concepto 118431 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000118431

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000118431

Fecha: 22/03/2022 12:52:23 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Encargo. EMPLEO. Empleado provisional. RETIRO DEL SERVICIO. Empleado provisional. Radicado: 20229000073542 del 8 de febrero de 2022.

Reciba un cordial saludo,

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto en respuesta a las siguientes preguntas:

“1.- Para la convocatoria 998 territorial 2019, ¿en qué fecha la alcaldía del municipio de Bello pasó el listado de los cargos a ofertar? ¿cuáles ofertó, sus respectivos códigos y nivel?”

2.- ¿Si la oferta se realiza, por decir algo, en el año 2016; quienes deben ocupar las vacancias definitivas de los empleados de carrera administrativa que se pensionaron, renunciaron o fallecieron hasta el año 2019? ¿Si estos cargos fueron dados en provisionalidad por el nominador, después del concurso los funcionarios de carrera administrativa que NO superaron la prueba, tienen derechos preferenciales para ocuparlos o los provisionales siguen en ellos?”

3.- ¿Si un empleado de carrera administrativa se encontraba en encargo en un nivel diferente del cual es titular, con el concurso de méritos al no haber superado el examen debe volver al puesto en el cual se encuentra inscrito en carrera administrativa, pero si titular del puesto en el cual se encontraba en encargo se pensiona, o sea, dicho puesto queda en vacancia definitiva puede el nominador ocuparlo con un funcionario que se encuentra en provisionalidad en otra dependencia, mismo nivel y a quien además ya le llegó quien superó el concurso?”

4.- ¿Los cargos de carrera administrativa que van quedando en vacancia definitiva desde el momento en que se pasó el listado de los ofertados, deben ser publicados para verificación de requisitos para proveerlos en encargo entre los funcionarios de carrera administrativa, o puede el nominador dejarlos ocupados por provisionales?”

5.- ¿Cuándo el nominador genera cargos por contrato, debe o no tener en cuenta que los mismos pueden ser ocupados por el personal de carrera administrativa que cumple con los requisitos para proveerlos, ya que por lo general son de niveles muy superiores?”

6.- ¿Cuándo por parte del nominador se crean cargos en la administración deben ser ocupados por personal de carrera administrativa quienes tienen derechos preferenciales, o los puede dar en provisionalidad?”

7.- ¿Cargos NO ofertados, pueden seguir siendo ocupados por el personal de carrera que los está ocupando en encargo, o se deben ofertar _____”

nuevamente?" (copiado del original con modificaciones de forma).

DEL CONCEPTO

La respuesta a sus interrogantes tendrá en cuenta los siguientes temas: (i) acceso a la carrera administrativa, (ii) provisión de las vacancias temporales y definitivas, (iii) terminación del encargo y del nombramiento provisional, (iv) competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC).

Acceso a la carrera administrativa

La Constitución Política, en su artículo 125, regula la naturaleza de los empleos públicos y su forma de provisión, consagra en su inciso 3, lo siguiente: (...) *El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

De la misma manera, la Ley 909 de 2004¹, al desarrollar el artículo 125 de la Constitución Política y reglamentar el procedimiento para la provisión de los empleos de carrera y de libre nombramiento y remoción, establece:

Artículo 23. Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley. (Subrayado fuera de texto)

Artículo 27. Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna. (Subrayado nuestro)

Artículo 29. Concursos. Los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño.

De acuerdo con las disposiciones indicadas, los empleos de carrera administrativa se proveen mediante nombramiento en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas por el sistema de mérito, es decir, que el ingreso, el ascenso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos para su desempeño, garantizando la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

Sin embargo, las entidades del Estado por necesidades del servicio podrán proveer los empleos de carrera administrativa en forma transitoria mediante encargo o de manera excepcional con nombramientos provisionales, en cuyo caso deben aplicar el procedimiento señalado en las normas vigentes sobre la materia.

Provisión de las vacancias temporales y definitivas

La Ley 909 de 2004 sobre la provisión de los empleos en vacancia temporal, determina:

Artículo 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.

El Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector Función Pública, sobre el tema también, menciona:

ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de vacancias temporales en empleos de carrera. De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente título, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

La Ley 1960 de 2019, «Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones», sobre la provisión de los empleos en vacancia definitiva mediante encargo, establece:

ARTÍCULO 1. El artículo 24 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

PARÁGRAFO 1. Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posteridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 2. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nombramiento o en quien este haya delegado, informara la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique.

La Corte Constitucional a través de la sentencia C-428 de 1997 sobre la temporalidad del encargo, preceptuó:

ENCARGO TEMPORAL-Concepto

El encargo temporal es una situación administrativa de creación legal que le permite al Estado sortear las dificultades que puedan presentarse en los casos de ausencia temporal o definitiva de un empleado cuya labor es indispensable para la atención de los servicios a su cargo. Se trata realmente, de una medida de carácter excepcional que igualmente enfrenta situaciones excepcionales o de urgencia y que se cumple en lapsos cortos.

Conforme a lo anterior, cuando se produce vacancia temporal o definitiva en los cargos de carrera, los mismos, pueden ser provistos de manera provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con empleados públicos de carrera. En otras palabras, en primer lugar, corresponde a la entidad revisar si de su personal de carrera alguno cumple con los requisitos del empleo vacante, de no ser posible puede optar por efectuar nombramientos provisionales o acudir a la figura del supernumerario como medida alternativa para cubrir las vacancias temporales en los términos y condiciones establecidos en el artículo 83 del Decreto Ley 1042 de 1978.

Terminación del encargo nombramiento provisional

El Decreto 1083 de 2015 sobre la terminación del encargo y del nombramiento provisional, en su artículo 2.2.5.3.4, precisa: *Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.*

Igualmente, la Corte Constitucional mediante SU-917 de 2010, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio sobre el tema de retiro de los provisionales, refiere:

En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado

de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, esto es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

(...)

Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa[66] o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.

(...)

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.

Adicionalmente, la Circular Conjunta núm. 00000032 del 3 de agosto de 2012 expedida por el Ministerio del Trabajo y el Departamento Administrativo de la Función Pública, dispuso:

De conformidad con lo expuesto, y con el fin de evitar reclamaciones a la Administración Pública, se recuerda a los representantes legales de las entidades y organismos del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles nacional y territorial que al momento de expedir los actos administrativos de insubsistencia del personal provisional deben ajustarse a los criterios y a los lineamientos impartidos por la Corte Constitucional en esta materia.

Por lo tanto, situaciones como la declaratoria de inexequibilidad de los Actos Legislativos Nos. 01 de 2008 o 04 de 2011, o el vencimiento de duración del término del nombramiento provisional o el de su prórroga no son motivos suficientes para el retiro del personal provisional, en cuanto esta situación no está consagrada como causal de retiro del servicio de estos empleados.

Finalmente, es necesario recordar que el nombramiento provisional solo procede una vez agotado el orden de prelación para la provisión definitiva de los empleos de carrera establecidos en la Ley 909 de 2004 y los decretos reglamentarios.

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debe prestar el funcionario concreto.

Ahora bien, la duración del encargo es según la vacancia del empleo que esté ocupando; si es temporal, el término es aquel determinado según la situación administrativa otorgada al titular del empleo. Por el contrario, si la vacancia es definitiva, este Departamento Administrativo acoge el criterio unificado de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) quien precisa que el artículo 10 de la Ley 1960 de 2019, modificatorio del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, no contempla término definido. Por cuanto, esta norma eliminó la expresión: «el término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses». No obstante, el nominador a través de resolución motivada, puede dar por terminado el encargo, cuando:

El empleo sea provisto definitivamente conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015 (nombramiento en periodo de prueba con la lista de elegibles resultante de un proceso de selección por mérito).

Se impongan sanciones disciplinarias consistentes en suspensión o destitución del encargado.

El encargado obtenga calificación definitiva no satisfactoria en su evaluación del desempeño laboral.

El empleado renuncie al encargo.

El encargado pierda sus derechos de carrera.

El encargado tome posesión para el ejercicio de otro empleo.

Competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC)

La Constitución Política en su artículo 130 regula la existencia de la CNSC como un ente encargado de administrar vigilar la carrera administrativa a través de los concursos de méritos para acceso a los empleos públicos. Así, en virtud de esta función, corresponde a esta entidad llevar a cabo los concursos para proveer los empleos vacantes definitivamente elaborando para ello una lista de elegibles, la cual será instrumento para la respectiva entidad para nombrar en periodo de prueba a quienes hubieran superado el respectivo concurso.

Al respecto, la Ley 1960 de 2019, sobre la vigencia de la lista de elegibles producto de un concurso de méritos, precisa: *Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad* (art. 6°, numeral 4).

De acuerdo con la lista de elegibles, por 2 años, la entidad, en estricto orden de méritos debe cubrir las vacantes reportadas en la OPEC, así como, aquellas vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados que surjan con posterioridad a la convocatoria.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

Para la convocatoria 998 territorial 2019, ¿en qué fecha la alcaldía del municipio de Bello pasó el listado de los cargos a ofertar? ¿cuáles ofertó, sus respectivos códigos y nivel?

R/ La Comisión Nacional del Servicio Civil es la responsable de vigilar y administrar la carrera administrativa, por lo tanto, corresponde a dicha entidad dar respuesta a este interrogante.

¿Si la oferta se realiza, por decir algo, en el año 2016; quienes deben ocupar las vacancias definitivas de los empleados de carrera administrativa que se pensionaron, renunciaron o fallecieron hasta el año 2019? ¿Si estos cargos fueron dados en provisionalidad por el nominador, después del concurso los funcionarios de carrera administrativa que NO superaron la prueba tienen derechos preferenciales para ocuparlos o los provisionales siguen en ellos?

R/ La Administración en primer lugar debe agotar el procedimiento para suplir la vacancia mediante encargo, de no haber empleados de carrera que cumplan con los requisitos, puede nombrar un provisional. Una vez lo nombre, no resulta procedente repetir el procedimiento anterior, argumentando que hay un empleado de carrera que cumple con los requisitos para acceder al encargo. Por consiguiente, si bien el nombramiento en encargo es un derecho preferencial para los empleados de carrera, no constituye un argumento legal o jurisprudencial para motivar la terminación de un nombramiento provisional; por cuanto, el mismo, sólo procede cuando se invoque una de las causales previamente descritas.

¿Si un empleado de carrera administrativa se encontraba en encargo en un nivel diferente del cual es titular, con el concurso de méritos al no haber superado el examen debe volver al puesto en el cual se encuentra inscrito en carrera administrativa, pero si titular del puesto en el cual se encontraba en encargo se pensiona, o sea, dicho puesto queda en vacancia definitiva puede el nominador ocuparlo con un funcionario que se encuentra en provisionalidad en otra dependencia, mismo nivel y a quien además ya le llegó quien superó el concurso?

R/ Una de las causales para terminar el encargo es que el empleo sea provisto definitivamente mediante nombramiento en periodo de prueba con la lista de elegibles resultante de un proceso de selección por mérito; caso en el cual, el empleado de carrera que está ocupándolo regresa al empleo del cual es titular de derechos de carrera administrativa.

En caso tal que un empleado quede vacante definitivamente a causa del retiro del titular por haber adquirido la pensión de jubilación, la entidad puede proveerlo mediante encargo con el empleado de carrera que ocupe el empleo inmediatamente inferior del cargo a proveer y así sucesivamente, de no ser posible, como última medida puede optar por el nombramiento provisional.

¿Los cargos de carrera administrativa que van quedando en vacancia definitiva desde el momento en que se pasó el listado de los ofertados, deben ser publicados para verificación de requisitos para proveerlos en encargo entre los funcionarios de carrera administrativa, o puede el

nominador dejarlos ocupados por provisionales?

R/ Si está vigente la lista de elegibles, primero se debe verificar si es posible hacer uso de la misma de acuerdo con lo previsto en la ley 909 de 2004. De lo contrario, la Administración debe primero acudir a la figura del encargo, como derecho preferencial de los empleados de carrera con calificación sobresaliente en la evaluación del desempeño. De no haber personal con derechos de carrera que cumpla con el perfil y los requisitos del empleo a proveer pueden ser ocupados por empleados provisionales. Sobre este punto, se le reitera que si la entidad nombró al provisional cuando el empleo estaba vacante, así fuera temporal, luego de verificar que no hay empleados de carrera para ser encargados, no resulta procedente retirar del servicio al provisional para optar por el encargo.

¿Cuándo el nominador genera cargos por contrato, debe o no tener en cuenta que los mismos pueden ser ocupados por el personal de carrera administrativa que cumple con los requisitos para proveerlos, ya que por lo general son de niveles muy superiores?

R/ Su pregunta no es clara, por tanto, no se dará respuesta a la misma. Si la misma es relacionada con el contrato de prestación de servicios se le sugiere dirija la misma a Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente, como entidad competente para pronunciarse sobre el particular.

No obstante, si se trata de la contratación por orden de prestación de servicios para desarrollar funciones permanentes no resulta procedente su celebración conforme a lo dispuesto por el artículo 2° del Decreto Ley 2400 de 1968.

¿Cuándo por parte del nominador se crean cargos en la administración deben ser ocupados por personal de carrera administrativa quienes tienen derechos preferenciales, o los puede dar en provisionalidad?

R/ Se le reitera que las vacancias definitivas deben ser provistas en primer lugar con personal de carrera y sólo de no haber quien cumpla con el perfil y los requisitos se puede efectuar el nombramiento provisional.

¿Cargos NO ofertados, pueden seguir siendo ocupados por el personal de carrera que los está ocupando en encargo, o se deben ofertar nuevamente?

R/ La entidad con la lista de elegibles producto de un concurso de méritos tiene 2 años contados a partir de su expedición para cubrir en estricto orden de méritos las vacantes reportadas en la OPEC, así como, aquellas vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados que surjan con posterioridad a la convocatoria. Por lo tanto, la Administración debe hacer uso de la lista de elegibles y proveer los cargos vacantes definitivamente con quienes hubieran superado el concurso. En caso, de haber transcurrido más de 2 años, el personal de carrera puede continuar en el encargo hasta tanto se realice un nuevo concurso de méritos.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva, en el botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en la web <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa expedida por el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el COVID-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS PIE DE PAGINA

1. «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones».

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 13:52:08